



Análisis de las líneas jurisprudenciales con tendencia hacia la convergencia en materia de seguridad social: aproximación a la luz del precedente judicial y de la doctrina probable de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Isabel Cristina Torres Marín
Oscar Andrés Ballén Trujillo

Director
Enán Arrieta Burgos

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Magíster en Derecho

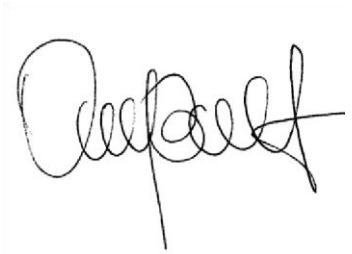
Maestría En Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2021

Declaración de originalidad

Fecha: 22 de noviembre de 2021

Nombre de los estudiantes: Isabel Cristina Torres Marín y Oscar Andrés Ballén Trujillo

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad” Art. 92 Régimen Discente de Formación Avanzada.



Análisis de las líneas jurisprudenciales con tendencia hacia la convergencia en materia de seguridad social: aproximación a la luz del precedente judicial y de la doctrina probable de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Resumen. En este texto se intenta demostrar la prevalencia que, a nivel judicial y en temas concretos, ha tenido el precedente derivado de la Corte Constitucional en comparación con la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Para el efecto, se definen categorías relevantes en la teoría del precedente, luego se analizan diversas líneas jurisprudenciales que han mostrado una tendencia hacia la convergencia de criterios entre las altas cortes y, por último, se plantean algunas conclusiones.

Palabras clave: precedente judicial, doctrina probable, jurisprudencia, Corte Constitucional, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, supremacía constitucional.

Introducción

El actual modelo de Estado Social de Derecho colombiano se basa en la Constitución Política, en cuyo artículo cuarto se establece a sí misma como norma de normas, de modo que, en caso de incompatibilidad entre ella y cualquier otra disposición, se debe privilegiar la aplicación directa de la Carta Magna. Esta formulación se conoce como el principio de supremacía constitucional que subordina la normativa interna a las disposiciones superiores, imponiéndose, así, la obligación de acatar sus preceptos por parte de todos los miembros del Estado.

Tratándose de la función judicial, históricamente a esta se le ha encargado la tarea de aplicación de la Ley (norma) o adjudicación de su consecuencia jurídica. Empero, hoy por hoy, se le ha endilgado igualmente el compromiso de sostener la supremacía de la

Constitución, a través de un control de constitucionalidad en las particularidades fácticas, haciendo una lectura de las disposiciones de inferior jerarquía frente a la Carta Política, y si tales se hallan contrarias a aquella, es su deber inaplicar las primeras (excepción de inconstitucionalidad). Esto, además, en virtud de la obligación que tienen los jueces de optar por la solución que se adecúe más a la realización de los fines de la Carta Fundamental y también de preferir la interpretación más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-551 de 2010, Sentencia C-054 de 2016).

Se puede decir entonces que la Constitución Política adquiere connotación de ser el primer fundamento normativo del Estado a través del cual se establecen las reglas y principios que rigen las actuaciones de las autoridades y ciudadanos, lo que intrínsecamente delimita un ámbito de control respecto al poder que ostentan los órganos que conforman al Estado.

Ahora bien, los artículos 239 y siguientes de la Constitución, y 45 y siguientes de la Ley 270 de 1996, consagran los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, efectos que se han desbordado a partir de la hermenéutica que ese mismo colegiado dio al artículo 230 ibídem. Esto es problemático, fundamentalmente ante la existencia de varias posibles soluciones jurisprudenciales sobre casos similares, todas con alto grado de plausibilidad, pero que llegan a ser contradictorias entre sí. Lo que es patente en las divergentes posturas jurídicas asumidas en diversos temas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. La mayor parte de trabajos académicos que han analizado las líneas jurisprudenciales de las altas cortes se han enfocado en identificar los criterios opuestos con el objetivo de criticar uno y otro planteamiento. Este no es el caso del presente artículo. Por el contrario, el esfuerzo aquí consignado se orienta a mostrar cómo, frente a problemas jurídicos en materia de seguridad social, la supremacía constitucional ha tenido por efecto la convergencia de la línea jurisprudencial definida por la Corte Suprema de Justicia hacia la línea jurisprudencial definida por la Corte Constitucional. En los siguientes temas, a pesar de las usuales posturas contrarias entre las Corporaciones mencionadas, se advierte una

inclinación hacia la armonización de posiciones: la indexación de la primera mesada pensional, la acumulación de tiempos públicos con semanas de cotización al Seguro Social en virtud del régimen de transición pensional, los intereses moratorios en las diferentes pensiones del sistema de seguridad social y el incremento pensional por personas a cargo.

En efecto, esos asuntos laborales están ligados a bienes de relevancia iusfundamental. Ante este panorama, resulta necesario estudiar los fundamentos teóricos y normativos que justifican el porqué de esta tendencia hacia la convergencia posicional, en la cual ha venido prevaleciendo el criterio de la Corte Constitucional. En esa dirección, resulta conveniente responder el siguiente interrogante: ¿qué tendencias jurisprudenciales convergentes es posible identificar en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de justicia en materia de seguridad social? ¿Por qué se presenta esta tendencia? En este escrito, la hipótesis que se defenderá, consiste en que, ante las diferencias interpretativas en asuntos laborales, priman las definiciones hermenéuticas y las reglas de aplicación que, en materia de seguridad social, profiera la Corte Constitucional, pues en esas providencias se definen parámetros de interpretación y de aplicación normativa, en virtud de la función asignada en el artículo 241 Superior, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Y si ello es así, entonces los jueces de esta especialidad, al resolver las controversias, no pueden apartarse de las intelecciones del guardián de la Constitución con el único argumento de atender a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia. Esto ha impactado, asimismo, la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la cual, poco a poco, ha venido adoptando por criterio el referente plasmado en la jurisprudencia constitucional. Ello, sin embargo, no debería entenderse en el sentido de que las posiciones jurisprudenciales definidas por la Corte Constitucional son absolutas y siempre vinculantes para los jueces laborales, en tanto que estos pueden, atendiendo la carga de apartamiento, separarse razonadamente de los fundamentos de los pronunciamientos constitucionales.

Para lograr la respuesta anunciada al interrogante trazado, se realizará una aproximación teórica en primer lugar, predominantemente desde el análisis de la misma jurisprudencia

constitucional, la cual se enfocará en las categorías conceptuales relativas a la jurisprudencia, la doctrina probable y el precedente judicial. En segundo lugar, se examinarán diferentes líneas jurisprudenciales que permitirán demostrar la existencia de posturas enfrentadas entre las Altas Cortes (en este marco netamente académico) y la reciente tendencia de la Alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria por acercarse a lo definido por la Corte Constitucional en diferentes asuntos seleccionados a partir de un criterio de convergencia posicional precedida de una alta divergencia relativa. En un tercer momento, se argumentará que, en todo caso, el precedente de la Corte Constitucional debe ser acatado, respetado y aplicado por los jueces de la especialidad laboral, sin perjuicio de las posibilidades de apartamiento.

Finalmente, para cerrar esta introducción, se resalta que, desde lo metodológico, se asumió el paradigma interpretativista y el método hermenéutico como principales referentes de la investigación. Luego, este ejercicio se concreta en una propuesta hermenéutica de dogmática constitucional en los términos señalados por Courtis (2006) y Guastini (1999). Igualmente, es importante señalar que utilizó la técnica de investigación documental para rastrear los pronunciamientos judiciales y la literatura jurídica especializada de interés con énfasis en la técnica snowball como forma de muestreo no probabilístico para la construcción de líneas jurisprudenciales conforme al discurrir metodológico señalado por López (2006) a propósito de la teoría del derecho judicial.

1. Jurisprudencia, doctrina probable y precedente judicial

En la tradición doctrinal colombiana, el texto de Diego Eduardo López Medina (2006) realizó un aporte sustancial al entendimiento de los tipos y funciones de los pronunciamientos judiciales. Posteriormente, López (2015) reconstruyó el estado del arte sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia en Colombia y muestra cómo, en términos recientes, la figura del precedente judicial se ha utilizado con dos fines distintos: por parte de la Corte Constitucional, esta institución se relaciona con el control de constitucionalidad y la primacía de la Carta Magna; y por parte de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, esta institución se relaciona con los fines de

descongestión de la administración de justicia. No obstante, con posterioridad a dicho estudio, se han producido desarrollos dogmáticos que ameritan una aproximación novedosa al análisis del papel que cumplen los pronunciamientos judiciales.

En contra de la posición teórica sostenida por López Medina, algunos autores como Javier Tamayo Jaramillo (2006) refieren cómo no tiene sentido conferirles fuerza vinculante a los desarrollos jurisprudenciales en un Estado Social de Derecho como el nuestro, en el que prima el principio de legalidad. A juicio de Tamayo (2006), esa concepción es peligrosa, porque, según él, el “decisionismo” de la Alta Corporación Constitucional puede “legitimar regímenes totalitarios”, desfigurando el sentido del sistema político y jurídico actual basado en la democracia. Respecto a eso, señala que no en pocas ocasiones esa metodología desconoce la obligatoriedad de las normas vigentes:

(...) para dar campo a una aplicación del derecho basada en corazonadas, valores y principios generalísimos, doctrina que de alguna manera aplica la Corte Constitucional en sus sentencias modulativas y en el desconocimiento expreso de textos constitucionales absolutamente claros, lo que hace que la Corporación más que ser un intérprete de la Carta, sea un nuevo legislador ilegítimo. (Tamayo, 2006, p. 367).

Ahora bien, más allá de esta discusión teórica, lo cierto es que la Corte Constitucional ha reiterado la fuerza vinculante de distintas figuras jurisprudenciales como lo son el precedente judicial y la doctrina probable. Evaluemos la trayectoria histórica de estos desarrollos jurisprudenciales.

De antaño, se ha considerado que es fuente formal principal la ley —en sentido material y amplio—, incluyéndose en este criterio la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, los decretos y, en general, otros actos jurídicos de contenido normativo que conforman el ordenamiento jurídico. Como fuentes auxiliares, se han tenido, entre otras: la jurisprudencia y la doctrina. Esto se contempló tanto en la Ley 153 de 1887 como en la Ley 169 de 1886. Tal exégesis de las fuentes del derecho fue retomada en el artículo 230

de la Constitución Política de 1991, disposición de la que se colige que los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley, de modo que la doctrina y la jurisprudencia son elementos auxiliares. En términos similares, el artículo 7º del Código General del Proceso ratifica el imperio de la ley y, a partir de su redacción, es posible diferenciar tres figuras distintas que permiten caracterizar el derecho de los jueces: la jurisprudencia, la doctrina probable y el precedente judicial.

En ese contexto, la Corte Constitucional, a través de las funciones que otorgó la Carta Política en su artículo 241 en el que se le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ha conceptualizado sobre la categoría denominada jurisprudencia, las figuras de la doctrina probable y el precedente judicial, otorgándoles fuerza vinculante a través de su inclusión en el sistema tradicional de fuentes del derecho, reinterpretando, a manera de mutación constitucional (Jellinek, 2018), el artículo 230 de la Constitución Política (Bernal, 2008).

Originalmente, el Decreto 2067 de 1991, contempló los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, percibiéndose de su regulación la intención de implementación del sistema de precedente, al no realizar distinción alguna en cuanto al tipo de control de constitucionalidad, por lo menos en relación con la jurisprudencia dictada por el máximo órgano constitucional. No obstante, en sus inicios, la Corporación asumió una posición cauta y mantuvo el criterio de auxiliaridad del precedente. Un buen ejemplo de esa postura se aprecia en la Sentencia T- 406 de 1992, en la que se explicó que la jurisprudencia de tutela servía de pauta a las autoridades para la interpretación de derechos, calificando su relevancia como pedagógica. Poco después, en la Sentencia C-113 de 1993, la Alta Corporación señaló, refiriéndose al Decreto 2067 de 1991, que dicha regulación, al igual que la misma Constitución Política, aluden a la fuerza vinculante de lo decidido en las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, siendo posible que el mismo Tribunal Constitucional indique el tipo de efectos de sus decisiones. Con la C-113 de 1993 nació la famosa frase: “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel”.

Con posterioridad, en la Sentencia C-131 de 1993, la Corte deslindó cuáles son las partes de las sentencias de constitucionalidad que constituyen cosa juzgada, señalando que lo es la parte resolutive por expresa disposición constitucional y, también, la parte de la motivación que se relaciona estrechamente con la resolutive, de manera que no pueda entenderse la una sin la otra. Así, brotaron las nociones de cosa juzgada implícita y explícita, y tomó relevancia la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, la cual ha surgido a partir de las decisiones de las altas cortes y de los avances doctrinarios aflorados con la finalidad de una construcción saludable del precedente, cuya utilización no sólo se da en términos de proposición de los casos ante la jurisdicción, sino también cuando se emplean por los operadores judiciales para su solución.

López (2002) afirma que la *ratio decidendi* puede verse desde dos concepciones: formalista o constructivista. En la primera “la *ratio* parece encontrarse en enunciados y argumentos que expresamente hace el juez anterior” (López, 2002, p. 116), y en la segunda, la *ratio* no es explícita, sino que supone que el juez posterior realice ejercicios hermenéuticos respecto de la sentencia previa (p. 108). En todo caso, este concepto se trata de los principales argumentos o reglas de derecho que tienen relación con los hechos del caso (Atienza, 2013). Mientras que los *obiter dicta* son dichos de paso que pueden utilizarse como criterios auxiliares de interpretación, pero que, al no constituir la razón de lo decidido, no son vinculantes, aunque responden a autoridad persuasiva, dependiendo del prestigio del tribunal que dicta la sentencia. Al respecto, resulta interesante la diferenciación que realiza Whittaker (2008) con base en el análisis de los autores Cross y Harris (1990). Estos autores comprenden el precedente como vinculante entre las mismas partes y los mismos hechos, luego la misma regla de derecho. En este sentido, Whittaker (2008) indica:

(...) la *ratio* de un caso vincula las proposiciones de Derecho discutidas en una o más sentencias con los hechos y las reclamaciones de las partes. Estas dos conexiones necesarias delinean los límites de la fuerza obligatoria de las proposiciones en el texto de los fallos. *Obiter dicta* son todas aquellas

proposiciones de Derecho en las sentencias que carecen de la fuerza de ratio. (2008, p.50)

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a hacer esta distinción entre los conceptos descritos, al contrario, la ha honrado y mantenido. En la Sentencia SU-047 de 1999 se explicó que debía reconocerse como *ratio decidendi* aquella que contenía “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [O] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” (Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999). Asimismo, se comprende por los *obiter dicta* “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; [es decir, las] opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario” (Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999). Se aprecian, también, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia STC4285 de 2020 y STC16473 de 2019, ambas de la Sala de Casación Civil, en las que se citan las sentencias de la Corte Constitucional C-836 de 2001 y C-621 de 2015, y se explica la diferencia de obligatoriedad entre la ratio y la obiter: “la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas” que hacen parte de la razón de la decisión, es decir aquellos que son “inescindibles de la decisión sobre un punto de derecho” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia STC-4285 de 2020). En cambio, los “*obiter dicta* constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 superior, pues pueden servir para resolver aspectos tangenciales de la sentencia y, en muchos casos, permiten interpretar cuestiones relevantes desde el punto de vista jurídico que, si bien no deben ser seguidos en posteriores decisiones, sí pueden resultar útiles” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia STC-4285 de 2020).

Lo anterior se muestra como una tesis contraria a la Sentencia C-486 de 1993, en la que —al estudiar la constitucionalidad de la norma del estatuto de los comerciantes que a la costumbre dio el carácter de ley—, el Tribunal Constitucional interpretó el artículo 230 superior para aseverar que los jueces sólo están obligados a acatar la Constitución y la

Ley, y que ni siquiera el precedente de otros jueces puede vincularlos porque ello les restaría independencia.

Posteriormente, con la Sentencia C-083 de 1995 surgió la distinción entre doctrina constitucional y jurisprudencia, señalándose que la primera, al ser integradora ante las lagunas del derecho, es obligatoria debido a que ante la ausencia de norma se impone la aplicación de la Constitución, que necesariamente debe ser desentrañada en su contenido, para el caso concreto, por su intérprete. En estos eventos de lagunas normativas, los jueces, al aplicar directamente la Constitución Política, deben tener en cuenta que “la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo” (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995). La doctrina constitucional, sin embargo, no se confunde con la jurisprudencia constitucional. Así, en esta misma providencia, la Corte Constitucional recuerda que, “salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior” (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995).

A partir de esta distinción se habla de doctrina constitucional integradora e interpretativa, surgida del análisis realizado por la corporación de los artículos 8 y 4 de la Ley 153 de 1887 y frente a las cuales debe indicarse que sólo la primera resulta ser vinculante al efectuarse a través de ella la aplicación directa de la Constitución a casos de anomia (falta de norma). Como criterio auxiliar, puede ubicarse también la jurisprudencia, que se analizó en esa oportunidad bajo el amparo de la regulación establecida en el artículo 4 de la Ley 69 de 1896, indicándose que, según esa disposición, los jueces “podrán” aplicar la doctrina probable a casos análogos y así, junto con la doctrina constitucional interpretativa, no resulta vinculante, sino que sirve de base para la interpretación de las normas en caso de que se requiera y sólo si el juez decide acudir a estas.

Lo descrito en estos primeros años de la Corte Constitucional se desarrolló en relación con las providencias que se dictaban en funciones del control abstracto de

constitucionalidad. Por otro lado y tratándose de providencias de tutela, en la Sentencia T-123 de 1995 la Corte indicó que, en relación con el precedente, el juez es autónomo por regla general; sin embargo, cuando su decisión se relaciona con asuntos que han sido decididos por sus superiores encargados de unificar jurisprudencia, el operador, si decide apartarse del criterio seguido por el órgano superior, se encuentra obligado a justificar la razón por la que se aparta de lo dicho en un caso similar, pues de no hacerlo se encontraría expuesto a incurrir en la vulneración del derecho a la igualdad de las partes. Esta lectura se confirma en la Sentencia T-175 de 1997, en la que se dispuso que los casos analizados a la sazón constituían precedente controlante de las providencias proferidas por la Corte Constitucional sobre un asunto similar, y por ello los aplicadores se encontraban en la obligación de decidir en igual sentido o de justificar suficientemente las razones por las que se apartaban del criterio definido previamente.

A través de los pronunciamientos hasta aquí enunciados se puede concluir que, durante la década de 1990, la jurisprudencia constitucional había identificado como vinculantes tanto la doctrina constitucional integradora como las providencias de tutela en casos análogos y en virtud del principio constitucional de igualdad. Fue en 2001, con la Sentencia C-836, que la Corte Constitucional consolidó el carácter vinculante y obligatorio del precedente judicial al examinar la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1886 referido a la doctrina probable. En esta providencia señaló que las autoridades judiciales debían —y no simplemente podían—, de forma obligatoria, consultar la doctrina probable, la cual se constituye a partir de “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho”. Esto implicó una resemantización del sistema de fuentes que, antes de la Carta de 1991 y la jurisprudencia constitucional, daba la posibilidad para que los jueces, discrecionalmente, decidieran hacer uso de la doctrina probable en casos análogos, por lo que la Sentencia C-836 de 2001 dio un viraje importante hacia tal concepción. En este sentido, autores como Contreras (2011) indican que, además del precedente judicial definido por la Corte Constitucional, la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia se configura como precedente judicial.

En efecto, la Corte Constitucional adocrinó que las decisiones de los demás órganos de cierre de cada jurisdicción en el país (Consejo de Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior y Corte Suprema) son de obligatorio acatamiento para los jueces de inferior jerarquía, por lo que la expresión imperio de la Ley, contenida en el artículo 230 Superior, no podía restringirse a la dimensión formal, sino que debía incluir las interpretaciones de las dependencias enunciadas, en tanto con ello se persiguen fines legítimos: dar coherencia al sistema jurídico, garantizar el derecho a la igualdad y revestir de seguridad jurídica a todo el diseño judicial institucionalizado, pues es la misma Carta la que les otorga las funciones de unificar jurisprudencia a tales corporaciones. Al respecto y en la misma sintonía, se aprecian las sentencias C-335 de 2008, C-539 de 2011, C-816 de 2011 y C-284 de 2015, cuya posición se hizo gravitar en una interpretación sistemática de los artículos 1º, 13, 83 y 230 de la Constitución, con base en los cuales se dijo que:

(...) el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente (Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015).

Así, se expresó que la jurisprudencia de las demás cortes deben encontrarse a tono con el precedente constitucional (refiriéndose a las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional), dado que tiene incidencia directa y general en la jurisdicción en la medida que, por mandato del artículo 241 Superior, a la Alta Corporación Constitucional “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Por ese motivo, en la Sentencia SU-611 de 2017 se indicó:

(...) cuando el precedente judicial proviene de una alta corte, tiene una vinculatoriedad general...es pertinente destacar que la vinculatoriedad del precedente tiene especial relevancia en el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues sus efectos desbordan la especialización que caracteriza a la administración de justicia y que determina que en cada una de las jurisdicciones

los funcionarios judiciales tengan como referencia, principalmente, al respectivo órgano de cierre. En efecto, la jurisprudencia constitucional tiene incidencia directa y general en la jurisdicción en la medida que, por mandato del artículo 241 Superior, a esta Corporación “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...]

Bajo este orden de ideas, el sometimiento general a la Carta Política de todos los órganos de la jurisdicción, incluyendo los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, y las autoridades administrativas determina que el precedente constitucional tenga una manifestación especial y amplificada de la vinculatoriedad que se ha atribuido de manera general al precedente de las altas cortes (Corte Constitucional, Sentencia SU-611 de 2017).

En todo caso, fue a partir de la Sentencia C-621 de 2015 que la Corte Constitucional terminó por deslindar los conceptos de precedente judicial y doctrina probable. Si hasta este entonces ambas figuras se solapaban como una sola de modo que se entendía la doctrina probable como una forma de precedente judicial, a partir de esta providencia tal entendimiento se torna claramente erróneo. En la Sentencia C-621 de 2015, al estudiar la constitucionalidad del artículo 10 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional diferencia los conceptos de doctrina probable y precedente; distinción que retoma en la Sentencia C-080 de 2018, al decir que:

Al igual que en la Sentencia C-621 de 2015, la Sala considera que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías complementarias cuya única finalidad es contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Mientras que la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que deber ser incluida en la parte considerativa de la decisión judicial que pretende adoptarla, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos y debe ser aplicado en aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis del precedente y, por ello, es vinculante para la parte resolutive de la decisión. Sin embargo, estas dos

vías no deben ser interpretadas de manera contradictoria y separada, sino de forma complementaria en el sentido de que pretenden el cumplimiento del artículo 230 de la Constitución y, en ese orden, son compatibles con la jerarquía de las fuentes que establece esta disposición, toda vez que el propósito de la jurisprudencia no es crear normas nuevas sino interpretar estas normas y aplicarlas a casos concretos (Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018).

Para fundamentar esta distinción entre doctrina probable y precedente judicial, la Corte Constitucional retoma las nociones de *jurisprudence constante* de la Cour de Cassation, propia de la tradición de derecho continental europeo (*Civil Law*) y de *case law* y *stare decisis*, propias de la tradición de derecho anglosajón (*Common Law*). La diferencia entre estas dos figuras, habitualmente tratadas en términos equivalentes, ya había sido sugerida por la Corte Suprema de Luisiana (2005) en el caso *Willis-Knighton Medical Center V. Caddo-Shreveport Sales And Use Tax Commission*.

De acuerdo con Tascher (2011), con el concepto de *jurisprudence constante* se alude a la duración y perseverancia, así como a la generalización y repetición de uno o varios pronunciamientos judiciales que definen, con vocación de perdurabilidad, una regla o principio de interpretación del derecho vigente. Por su parte, en relación con el concepto de *case law* y el *stare decisis*, este refiere a la existencia de un solo caso que proporciona fundamento suficiente, lo que se deduce de una lectura simple de la sentencia antes identificada de la Corte de Luisiana, en la que se cuestiona cómo aplicando la *jurisprudence constante* se impone un criterio que pudiera estar equivocado, soslayando la posibilidad de interpretación. Resaltamos para reflexión, la siguiente frase traducida de tal providencia: “la jurisprudencia debe complementar, no suplantar la legislación”.

Con base en estas diferencias teóricas, la Corte Constitucional adoptó una definición amplia de precedente judicial que no se confunde con la noción de doctrina probable, de modo que se definió el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas

jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo” (Corte Constitucional, Sentencia SU-354 de 2017).

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado dos clases de precedente: el horizontal y el vertical. En la Sentencia SU-113 de 2018, la Corte Constitucional recordó que por precedente horizontal se entiende “aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial”, mientras que el precedente vertical

(...) se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales es determinado por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción (Corte Constitucional, Sentencia SU-113 de 2018).

Dicho esto, es claro que el precedente judicial no sólo es definido por la Corte Constitucional, sino por cualquier autoridad que fije una regla de aplicación del derecho a los casos concretos, bien sea de forma vertical u horizontal. En segundo lugar y acotando la concepción amplia de precedente judicial, es claro que este sólo se configura en términos de la *ratio decidendi* de una providencia judicial. En tercer lugar, es evidente que la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, define reglas de interpretación del derecho que, si son uniformes y reiteradas en al menos tres ocasiones, pueden calificarse como doctrina probable, no como precedente. En cuarto lugar, es claro que la labor de establecer reglas de interpretación no es exclusiva de la doctrina probable, pues las distintas autoridades judiciales fijan pautas hermenéuticas en sus decisiones. En quinto lugar, todas estas figuras deben diferenciarse, en estricto sentido, de los efectos erga omnes de las decisiones que adopta la Corte Constitucional en sede del control concentrado de constitucionalidad al proferir sentencias de exequibilidad o inexecuibilidad de las disposiciones legales.

Tabla 1. Principales características de la doctrina probable y del precedente judicial

Doctrina probable	Precedente judicial
Regla de interpretación normativa definida en la [norma] al caso concreto.	Regla de aplicación (cómo se aplica la interpretación <i>obiter dicta</i> en la <i>ratio decidendi</i>).
Influye en las consideraciones de providencia.	Toma en cuenta los supuestos fácticos del asunto concreto. Influye en la parte resolutive.
Se conforma por tres decisiones proferidas de uniforme sobre un tipo de derecho por parte de la autoridad judicial en Justicia actuando como Tribunal de Casación.	No requiere un número de sentencias en el mismo punto de un mismo punto de derecho por parte de la Corte Suprema de específico.

Fuente: elaboración propia.

Con todo, es enfática la Corte Constitucional en indicar que, aunque el seguimiento al precedente en Colombia no es rígido ya que existen formas para adaptarlo, sí resulta vinculante para el operador jurídico, no sólo tratándose de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sino también respecto a los de los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción especial para la paz, por lo que, en caso de que se presenten diferentes criterios posicionales, debe prevalecer el precedente fijado por ella misma (Corte Constitucional, sentencias C816 de 2011, C-621 de 2015, C-080 de 2018).

2. Análisis selectivo de líneas jurisprudenciales opuestas con tendencia hacia la convergencia

Con el fin de acreditar la hipótesis anunciada en la introducción, se realizará el análisis de diferentes líneas jurisprudenciales que permitirán demostrar la existencia de posturas contrapuestas entre las Altas Cortes en temas de la seguridad social. Los temas de

interés son: la actualización de la base salarial en la liquidación de las mesadas pensionales (indexación de la mesada pensional), la acumulación de tiempos públicos con semanas de cotización al Seguro Social en virtud del régimen de transición pensional, la aplicación de intereses moratorios a prestaciones causadas en virtud de la transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y la vigencia de los incrementos pensionales por tener personas a cargo. Estos temas han sido analizados por la Corte Constitucional y con posterioridad se observa una tendencia de la Alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria por acercarse a lo definido por la Corte Constitucional en los diferentes asuntos seleccionados.

En el Anexo 1 el lector podrá encontrar el detalle de las líneas jurisprudenciales que se analizan a continuación.

Actualización de la base salarial en la liquidación de las mesadas pensionales (indexación de la mesada pensional)

La indexación de la primera mesada pensional es quizá uno de los temas más antiguos en que se observa la diferencia de criterios interpretativos entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Para abordar el tema vale la pena iniciar explicando que, tratándose de pensiones de jubilación o vejez, el derecho a su otorgamiento surge regularmente con el cumplimiento de requisitos asociados con la edad y con el tiempo de servicios, es decir que, para optar por la prestación económica se requiere reunir exigencias de tipo legal o convencional. En algunos casos, se encuentra que quien cuenta con la expectativa de acceder a la pensión, ha reunido el requisito de densidad de semanas cotizadas o aportadas, pero le falta cumplir con el de edad para disfrutar de la prestación, debiendo transcurrir un lapso entre el cumplimiento de uno y otro requisito y, en muchas ocasiones, ha dejado de ejercer su actividad laboral a la espera del momento indicado para obtener su mesada. En estos últimos casos, si se tiene en cuenta que el ingreso económico laboral es el que conforma la base para liquidar la pensión, podría decirse que se presenta una disminución en esta, originada en la devaluación de la moneda, como producto del paso del tiempo.

En este punto es que se ha elaborado toda una teoría relativa a la posibilidad de indexar la primera mesada pensional o, lo que es lo mismo, actualizar el valor de la base de liquidación a la fecha en que se reconoce la prestación económica. Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia aplicó la indexación de la primera mesada pensional entre los años 1982 y 1998, con el fin de lograr “la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 8484 de 18 de agosto de 1982). Esta posición se reiteró por la Corte Suprema de Justicia Sección Primera en fallos subsiguientes, en los cuales se accedió a la indexación o actualización de la mesada. Pese a ello, debe ponerse de presente que la Sección Segunda de la corporación sostenía una posición contraria, indicándose que sólo era procedente la aplicación de la indexación a las acreencias laborales cuando estuviera consagrado de manera expresa en la legislación. En sentencia de 1991 se unificó la posición de las secciones en la Sala Laboral, incluyéndose la indexación como una modalidad del daño emergente por lo que, al tasar los perjuicios compensatorios, se encontraba incluido el valor de actualización de la moneda para las acreencias laborales.

Con posterioridad a la Constitución Política de 1991, entre los años 1998 y 2006 la Corte Suprema de Justicia estableció variables que hicieron modificar la línea que se había construido, así, por ejemplo, indicó la Corporación que cuando la pensión era producto de una convención colectiva o una conciliación, no era procedente actualizar la primera mesada pensional, pues primaba el principio de la autonomía de la voluntad (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia del 11 de septiembre de 1998), posición que se reiteró en providencias posteriores y donde se negó la petición de indexación de la primera mesada pensional cuando la prestación obedecía a un acto de voluntad de las partes y no se había pactado alguna forma de corrección monetaria, indicándose en todos los casos que no es procedente para el juez ordenarla (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia del 18 de agosto de 1999. Exp. 11818.). Además, se estableció que no procede la indexación en las pensiones

reconocidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya que en esta norma sí se contempló de manera expresa la actualización de la moneda.

De otro lado, la Corte Constitucional, echando mano de principios constitucionales establecidos en los artículos 25, 48 y 53, estableció que la pensión debe obedecer al concepto de prestaciones vitales y móviles. Con lo cual señaló a la Corte Suprema de Justicia el cambio interpretativo que se gesta con la nueva constitución (Corte Constitucional. Sentencia SU-120 de 2003). Pese al criterio anterior, la Corte Suprema de Justicia continuó reconociendo la indexación solo a pensiones causadas con posterioridad a la Ley 100 de 1993, desconociendo el precedente constitucional e indicando que las sentencias proferidas abundantemente por la alta corporación, contaba sólo con efectos interpartes al ser providencias de tutela¹.

Ya en sede de control abstracto de constitucionalidad, se reconoció el derecho a la indexación de la primera mesada pensional mediante las sentencias C-862 y C-891A de 2006. Con ocasión de estos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral varió nuevamente su posición y aceptó la indexación de la primera mesada para las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991 (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de julio de 2007, radicación N° 29022), pero sin que proceda para las pensiones causadas con anterioridad a la Carta Magna.

No obstante, esa posición dispar en la actualidad se encuentra zanjada sin que a la fecha resulte viable hacer distinción sobre las fechas en que ha sido concedida la prestación económica ni su origen, situación que ha sido aceptada por la jurisprudencia de la H.Corte Constitucional mediante la Sentencia SU 068 de 2017 y por la Corte Suprema de Justicia desde la Sentencia SL736 de 2013. Situación que igualmente permite evidenciar el

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 22 de febrero de 2000, M.P. José Roberto Herrera, expediente 12.872. En igual sentido, entre otras, sentencias 13.329 de 27 de enero de 2000, 12.895 y 13.166 de 2 de febrero de 2000, 12.725 y 13.251 de 9 de febrero de 2000, 13.360 de 23 de febrero de 2000, y 13.591 de 29 de marzo de 2000, 13.744 de 16 de mayo de 2000.

acercamiento de la Corte Suprema de Justicia hacia la posición de la Corte Constitucional respecto a asuntos tradicionalmente problemáticos.

Acumulación de tiempos públicos con semanas de cotización al Seguro Social en virtud del régimen de transición pensional

En cuanto a la posibilidad de acumulación de tiempos públicos con semanas de cotización al Seguro Social en virtud del régimen de transición pensional, ha de indicarse que existieron dos interpretaciones: una adoptada por la Corte Constitucional y la otra mantenida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral a lo largo del tiempo.

En el primero de los casos se indica de manera uniforme y pacíficamente que resulta procedente la sumatoria de tiempos de servicio y semanas de cotización en el sector público o privado, esto debido a que “los requisitos para acceder a la pensión se cumplen en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y no ante las entidades específicas que lo componen”; y además porque el régimen del Instituto de Seguros Sociales (Decreto 758 de 1990), en el artículo 12, no exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva y permanente al fondo de esa entidad y en esa medida. Es por ello que, en aplicación de la interpretación más favorable, se permitió que se sumaran tiempos de servicio y semanas de cotización para efectos de reunir las exigencias del artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Este criterio se mantuvo a partir de la Sentencia T-398 de 2009 (fundadora de línea) y se reiteró en las providencias T-583 de 2010, T-760 de 2010, T-093 de 2011, T-334 de 2011, T-637 de 2011, T-100 de 2012, T-360 de 2012, T-063 de 2013, T-145 de 2013, T-596 de 2013, entre otras.

No obstante, a pesar de haberse permitido la sumatoria reseñada para acceder al derecho pensional, en la Sentencia T-201 de 2012 se circunscribió tal interpretación favorable solamente al supuesto que hace referencia a que se reúnan mil semanas en cualquier tiempo y no se permitió para los casos en que se pretendía acceder a la prestación con 500 semanas en los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la

edad mínima. Y en ese contexto, la Corporación Constitucional expidió la Sentencia SU769 del 14 de octubre de 2014 –considerada en este caso hito–, con el fin de unificar su propia jurisprudencia y de dar prevalencia a los derechos constitucionales fundamentales como el mínimo vital y seguridad social.

Como garante de la Constitución y en aplicación del principio de favorabilidad, el Tribunal Constitucional optó por una interpretación no restrictiva de la norma, señalando que del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 no se desprende que el número de semanas de cotización requeridas sean las aportadas exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, “ya que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se circunscribe en tres ítems: edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, lo cual sugiere que deben ser aplicadas las del Sistema General de Pensiones, trayendo como consecuencia la posibilidad de efectuar la sumatoria por encontrarse reglado en la Ley 100 de 1993” (Corte Constitucional, Sentencia SU-769 de 2014). Además de esto, se suma el hecho de que las entidades públicas para las cuales laboró el asegurado son las encargadas de asumir el pago de los aportes a través de bonos pensionales.

La posición antes reseñada ha sido mantenida por la Corporación Constitucional. Un ejemplo de esto es la Sentencia SU-057 de 2018 donde se examinó, con ocasión de una acción de tutela, una decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación y, al evidenciarse la configuración del defecto sustantivo radicado en el desconocimiento del precedente constitucional, el Tribunal Constitucional optó por dejar sin efectos la decisión de segunda instancia que se cuestionaba y, en su lugar, confirmó la providencia de primera instancia a través de la cual se concedió la prestación económica apelando a la sumatoria de tiempos públicos y privados.

Ahora, la segunda posición fue mantenida por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, según la cual no era procedente efectuar la acumulación de tiempos y semanas para dar aplicación a normatividades anteriores en virtud de la transición pensional, ya que no puede escindirse la norma para aplicar lo más favorable de una u

otra. Por eso se ha entendido que las cotizaciones deben ser efectuadas al Seguro Social, ya que en el Decreto 758 de 1990 no existe una disposición que permita incluir las sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo trabajado como servidores públicos en la suma de las semanas de cotización pertinentes, como sí acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella o con la Ley 71 de 1988. El criterio anterior se mantuvo de manera inmutable a partir de la Sentencia de radicación 23611 de 2004, fundadora de línea y en sentencias de radicación 35792 de 2009, radicación 42242 de 2011, radicación 42191 de 2012, radicación 44867 de 2012, SL4461-2014, SL1073-2017, CSJ SL5172018 SL 1330 de 2018, SL4010-2019 y SL5614-2019, entre otras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, a través de la Sentencia SL 1981 de 2020, la Alta Corporación de la jurisdicción ordinaria varió su posición al señalar que el régimen de transición pensional no constituye una regulación ajena a la Ley 100 de 1993, por lo que esta se debe aplicar a quien corresponda, excepto en lo que respecta a edad, tiempo y monto, que se emplean de la norma anterior. En este sentido, la acumulación prevista en el artículo 13 de dicha ley no se encuentra excluida al indicarse que en lo demás se aplica el régimen general. Adicionalmente, puntualizó que en la misma regulación del artículo 36, en el párrafo se establece la posibilidad de efectuar esa sumatoria, entendiendo así la Alta corporación que esta regulación es propia de la transición y no obedece a una mera repetición de lo ya dispuesto para el régimen general. Asimismo, en esta providencia de 2020 se considera equivocado el razonamiento de que se regula un asunto general en una norma que trata un tema específico, como es el caso del artículo 36 que trata la transición pensional. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia explicó que la Ley 100 cuenta con los mecanismos de financiación de la prestación destinados a que la suma de tiempos sea procedente.

Así las cosas, se observa que la disparidad de criterios entre las corporaciones cesó, habiéndose acercado la Sala de Casación Laboral al criterio mantenido por la Corte Constitucional, con lo que se demuestra la hipótesis sostenida en este trabajo de grado.

Aplicación de intereses moratorios a prestaciones causadas en virtud de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

Respecto a la procedencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se ha dado un alcance diverso por cada uno de los órganos judiciales bajo estudio.

La Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y, mediante la Sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000, explicó que las entidades de seguridad social están obligadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas en consonancia con lo dispuesto por el artículo 53 de la Carta, cuando impone al Estado la obligación de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y, en ese sentido, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desarrolló el mandato superior.

De esta manera, el Tribunal Constitucional recordó “que los pensionados siempre han tenido derecho al pago de intereses de mora cuando las mesadas han sido pagadas de manera atrasada por lo que el derecho al reconocimiento y pago de los intereses de mora a los que hace referencia la norma en comento es un derecho, sin importar el momento en el cual se haya reconocido el derecho al disfrute de la pensión respectiva” (Corte Constitucional, Sentencia SU-065 de 2018). Lo que se dio con la regulación fue solamente la producción de “un cambio en cuanto a la forma cómo, a partir de la vigencia de la referida disposición, se deben calcular los intereses de mora en caso de un pago atrasado de las mesadas pensionales” (Corte Constitucional, Sentencia SU-065 de 2018), indicando que hasta ese momento la legislación no era clara y existían diversas interpretaciones a través de las cuales se empleaban normas que regulaban asuntos diversos como el artículo 1617 del Código Civil. Con esto se descartó que la norma generara un desequilibrio o circunstancias inequitativas, señalando que su correcta interpretación indica que, a partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley (pensiones que tienen como origen el fenómeno

laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte), “el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre ella la tasa máxima del interés moratorio vigente” (Corte Constitucional, Sentencia SU-065 de 2018).

De esa manera, el Tribunal Constitucional concluyó que la disposición acusada no distingue entre pensionados, pues solo hace referencia al momento en el que se produce la mora para efectos de su cálculo, por lo que en caso de que se haya producido antes del 1 de enero de 1994 “se debe calcular de conformidad con la normativa vigente hasta ese momento y, si la mora se produjo después de esa fecha, su valor se deberá calcular con base en los lineamientos contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993” (Corte Constitucional, Sentencia T-849A de 2013). Con base en esos argumentos, la corporación declaró la constitucionalidad del precepto y, asumiendo los mismos como la *ratio decidendi* de la decisión, los empleó en asuntos conocidos posteriormente, como fueron las sentencias T-635 de 2010, T-849A de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se reconoce lo dicho con anterioridad como precedente obligatorio.

Además de esto y al examinar en sede de tutela una sentencia de casación proferida por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia SU-065 de 2018, estableció que el desconocimiento de los argumentos indicados generaron la configuración de un defecto sustantivo al desconocer un fallo con efecto de precedente judicial, reiterando los argumentos expuestos y señalando que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tienen aplicación sin distinción del régimen jurídico con el que se reconoce la prestación, como quiera que el Legislador sólo estableció una distinción que es el punto de partida para la aplicación de la norma, fijándose en el 1 de enero de 1994, “de manera que en caso de mora en el pago de jubilación, vejez, invalidez o la sustitución por causa de muerte que se presente después de esa fecha, el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente” (Corte Constitucional, Sentencia T849A de 2013). Todo ello con sustento en el hecho de que “las entidades del sistema de

seguridad social están obligadas a indemnizar a los pensionados por la cancelación tardía de las mesadas pensionales atrasadas que se les adeudan, conforme lo dispone el artículo 53 de la Carta cuando impone al Estado la obligación de garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones, siendo el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desarrollo de la norma constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia SU065 de 2018).

A pesar de la expedición de la sentencia de constitucionalidad referida y los argumentos en ella expuestos, la Corte Suprema de Justicia –mediante la Sentencia de radicado 18273 de 28 de noviembre de 2002², los consideró excluidos para asuntos en los que la prestación económica se causó con ocasión del régimen de transición pensional y cualquier norma anterior o tratándose de pensiones de jubilación o en pensiones de invalidez y sobrevivientes cuando se emplea para su reconocimiento el principio constitucional de la condición más beneficiosa y se aplica ultraactivamente una norma anterior.

En esa oportunidad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera sucinta y sin cumplir su carga de apartamiento, no acogió lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 601 del 24 de mayo de 2000, sólo haciendo mención de la providencia y concluyendo que, a pesar de lo indicado por la Corporación Constitucional, para la sala de casación esa disposición solamente es aplicable en el caso de mora en el pago de pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, reconocidas con aplicación integral de esta. La Sala de Casación Laboral mantuvo su criterio, entre otras, en las siguientes providencias: CSJ SL rad. 24257 de 2005, CSJ SL rad. 30602 de 2008, CSJ SL rad. 32043 de 2009, CSJ SL rad. 36022 de 2010, CSJ SL rad. 41534 de 2011, CSJ SL rad. 50681 de 2011, CSJ SL rad. 40387 de 2013, SL1851 de 2014, SL13649 de 2015, SL4959 de 2016, SL12962 de 2017 y SL4404 de 2018.

² Sentencia fundadora de línea, la cual dispuso que los intereses moratorios solamente eran procedentes cuando para la concesión del derecho pensional se había empleado íntegramente la Ley 100 de 1993 (disposición que los regula).

No obstante, mediante Sentencia SL 1681 de 2020, la Alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria replanteó la aplicación de esta normativa a prestaciones económicas reconocidas en aplicación del régimen de transición pensional, determinando que estas son prestaciones del sistema y, por lo tanto, también sobre las mesadas en mora se generan los intereses del artículo 141. Además, en esta providencia se enfatizó que es derecho de todos los pensionados el pago oportuno de sus mesadas, por lo que la Corte Suprema concluyó que, sin importar la norma origen del derecho, les asiste a aquellos el derecho a la liquidación y al pago de estos intereses con el fin de resarcir los perjuicios que el incumplimiento hubiera generado. Esta posición fue reiterada en Sentencia SL 1302 de 2021.

Así, con la última de las providencias, la corporación de la justicia ordinaria finalmente acogió el argumento planteado por la Corte Constitucional en sede de control abstracto, cuyo desconocimiento había llevado a la revocatoria por vía de tutela de sentencias de casación al considerarse configurado el defecto sustantivo por desconocimiento de precedente constitucional, lo cual, además, demuestra una vez más la hipótesis que se pretende defender con este trabajo.

Incremento en la mesada pensional por tener personas a cargo

El incremento en la mesada pensional por tener personas a cargo se estableció en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, en el que se indicaba que el pensionado por invalidez, por riesgo común o por vejez que tuviera hijos menores (hasta los 16 años o 18 si estudian) o inválido de cualquier edad o cónyuge o compañera o compañero permanente no fuera pensionado que dependieran económicamente de él; tendría derecho al incremento en la prestación en los porcentajes contenidos en la norma.

Con la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones se mantuvo la inquietud respecto a la vigencia de la norma reseñada y, frente a ello, se construyó la posición de la Corte Suprema de Justicia como doctrina probable, al haberse emitido tres decisiones

en el mismo sentido, según las cuales la normativa contentiva de los incrementos pensionales por personas a cargo no desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. A juicio de la Corte Suprema, por el contrario, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 estas prerrogativas mantuvieron su vigor por no ser incluidas en el catálogo de normas aplicables para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Seguro Social que fueron adicionadas, modificadas y/o exceptuadas por la nueva regulación de seguridad social. Esta posición se recogió, entre otras, en la Sentencia del 13 de diciembre de 2001 radicado 15760. Sin embargo, la corporación tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse al respecto mediante las sentencias radicado 29741 y 29531 del 5 de diciembre de 2007, y resaltó que la disposición normativa sólo sería aplicable para quienes pudieran acceder a ella en virtud de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o por derecho propio.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-140 de 2019, profirió el reemplazo de la Sentencia SU-310 de 2017 que fue anulada mediante Auto 320 de 2018 y unificó su jurisprudencia respecto a la prescriptibilidad de los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que había definido con anterioridad que estos, como la pensión, no son prescriptibles; sin embargo, en esta oportunidad se ocupó de efectuar el análisis de su vigencia. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que, con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la norma regulatoria del incremento pensional fue objeto de derogatoria orgánica, por lo que la Corporación Constitucional explicó que estos incrementos dejaron de existir a ese momento, aun para aquellos que se encontraban inmersos en el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994. Y fue precisamente bajo ese entendido que el Tribunal Constitucional concluyó que la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media después del 1 de abril de 1994 y, por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes de esa fecha, tendrían derecho a su aplicación, de modo que lo susceptible de

prescripción son las mesadas de incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación.

En atención al precedente judicial unificado por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL 2061 de 2021, adoptó la posición esgrimida por la Corte Constitucional y adujo, en sede de casación, que la norma regulatoria del incremento pensional había sido derogada, pudiéndose aplicar sólo para quienes reunieron el derecho pensional en aplicación del Decreto 758 de 1990 por derecho propio. En este asunto también se confirma la hipótesis sostenida en este trabajo.

3. La prevalencia del precedente judicial de la Corte Constitucional sobre la doctrina probable y el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia

En esta sección analizaremos las razones por las cuales, en materia de seguridad social, la Corte Suprema de Justicia ha venido adoptando posiciones convergentes con las posiciones de la Corte Constitucional. Esta convergencia, en la práctica, ha supuesto que la Corte Suprema alinee su tesis con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.

En coherencia con el carácter vinculante del precedente de la Corte Constitucional, esta Corporación ha explicado que, en respeto por la autonomía judicial, no hay rigidez en su obligatoriedad, estableciendo unas cargas de apartamiento que permiten al operador jurídico adoptar decisiones diversas a las marcadas por el órgano de cierre—sea ordinario o constitucional—, al mismo tiempo que se garantiza el derecho de igualdad de quienes acuden a la resolución de la controversia en casos análogos (garantía de confianza legítima en la administración de justicia). Estas cargas de apartamiento, que pesan sobre todas las autoridades judiciales que empleen criterios disímiles a los de la Corte Constitucional, han tenido por efecto práctico la alineación convergente señalada en el segundo capítulo. Así, la Corte Suprema de Justicia, frente a temas de seguridad social en los que se presentaba divergencia de criterios, se ha enfrentado a los siguientes escenarios: (i.) acoger las posiciones definidas en el precedente judicial de la Corte Constitucional (convergencia); (ii.) apartarse de las posiciones definidas en el precedente

judicial de la Corte Constitucional, cumpliendo con los requisitos argumentativos que a continuación veremos (divergencia justificada); (ii.) apartarse de las posiciones definidas en el precedente judicial de la Corte Constitucional, sin cumplir con los requisitos argumentativos que a continuación veremos (divergencia injustificada), lo cual da lugar a que sus decisiones se consideren vías de hecho por materializar un defecto sustantivo.

En ese sentido, la Sentencia C- 836 de 2001 de la Corte Constitucional determinó que la Corte Suprema de Justicia puede apartarse de su propio precedente en tres casos: a) cuando, pese a haberse sostenido un precedente adecuado a una determinada condición social, ya no sea aplicable ante un cambio social posterior; b) cuando la jurisprudencia contraría valores, principios y derechos en que se funda el ordenamiento jurídico, caso en el cual con el fin de no persistir en la violación de derechos, puede cambiar su jurisprudencia; y c) por cambios en el ordenamiento jurídico. En esta misma providencia se establecen sólo tres casos en que el juez de inferior jerarquía puede apartarse del precedente dictado por la Corte Suprema o por el Consejo de Estado, indicando siempre de manera expresa cuál es el precedente que en ese punto tiene la corporación y, seguidamente, cuál es la razón del cambio, respecto a la cual recae sobre el juez una carga argumentativa superior: a) cambio normativo; b) cambio de situación política o económica; y c) jurisprudencia imprecisa o contradictoria del máximo órgano.

Ulteriormente, se ha explicado que el operador judicial puede apartarse de la jurisprudencia dictada previamente poniéndola de presente y sustentando la razón del apartamiento, bien sea en la “ausencia de identidad fáctica—que impide aplicar el precedente al caso concreto—, el desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente o la discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial” (Corte Constitucional, Sentencia C-621 de 2015). Por consiguiente, se reclama del operador judicial una carga argumentativa más exigente que lo debe llevar a explicitar la razón por la cual considera que la jurisprudencia que aparentemente muestra la regla de aplicación o de interpretación, en el caso que pretende resolver, no resulta válida para él, pero sin que para ello sea suficiente únicamente la exposición de argumentos contrarios. En esta línea, retomando los requisitos fijados en

la Sentencia T-794 de 2011, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-354 de 2017, recordó que, para sustraerse válidamente de la aplicación del precedente judicial, es necesario que el operador judicial cumpla con los requisitos de transparencia y suficiencia, esto es, que:

(i) haga referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia); y (ii) ofrezca una carga argumentativa seria mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (Corte Constitucional, Sentencia SU-354 de 2017).

En esta misma dirección, en Sentencia SU-113 de 2018 el Tribunal Constitucional estimó:

(...) es preciso reiterar que, si una autoridad judicial decide apartarse de un precedente, es necesario que exponga razones con peso y fuerza suficiente que permita comprender el porqué de la aplicación de la nueva interpretación. Con tal propósito, el juez debe cumplir dos requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional. El primero, refiere al *requisito de transparencia*, es decir, del cual se colige que “las cargas que se imponen para apartarse de un precedente, dependen de la autoridad que la profirió”. En efecto, el juez “en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’”. El segundo, es decir, el *requisito de suficiencia*, tiene que ver con que el juez debe exponer razones suficientes y válidas, “a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, es decir, que no basta con ofrecer argumentos contrarios a la posición de la cual se aparta, sino que debe demostrarse que el anterior precedente ha perdido vigencia

para resolver asuntos futuros, bien sea por el cambio normativo o por la simple transformación social (Corte Constitucional, Sentencia SU-113 de 2018).

Sobre el requisito de suficiencia, si bien la Corte Constitucional no ha fijado causales taxativas a la luz de las cuales sea posible evaluar la validez de las razones que motivan el apartamiento de la autoridad judicial, sí ha delineado, a título ilustrativo, algunas hipótesis. Además de las tres causales indicadas de forma genérica en la citada Sentencia C-621 de 2015, el Tribunal Constitucional, en Sentencia T- 446 de 2013, especificó cinco supuestos en los que se vería satisfecho el requisito de suficiencia:

De manera que para apartarse del precedente sentado por los superiores (precedente vertical), se deben cumplir los requisitos que ha sentado la jurisprudencia constitucional: (i) que se refiera al precedente del cual se aparta, (ii) resuma su esencia y razón de ser y (iii) manifieste que se aparta en forma voluntaria y exponga las razones que sirven de sustento a su decisión. Esas razones, a su turno, pueden consistir en que 1) la sentencia anterior no se aplica al caso concreto porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; 2) el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; 3) por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta; 4) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; o que 5) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, Sentencia T-446 de 2013).

Es importante remarcar, para los efectos de la presente investigación, la hipótesis número 4, en tanto que ella revela que, en caso de que existan posiciones jurisprudenciales contradictorias entre la Corte Constitucional y cualquier otro órgano jurisdiccional, el operador jurídico deberá elegir el criterio del Tribunal Constitucional, so pena de que, al elegir el criterio alternativo, se considere su decisión como un defecto sustantivo al ser la providencia violatoria del precedente judicial. En términos normativos esta prevalencia

del precedente constitucional suele justificarse en el principio de supremacía constitucional. En términos prácticos ello responde al hecho de que, mientras que la Corte Constitucional, vía acción de tutela, pueda revisar cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional o administrativo; no ocurre lo mismo en sentido contrario, en tanto que las providencias del Tribunal Constitucional son inescrutables, de suerte tal que no existe ninguna acción o medio de control que permita cuestionar las decisiones de la Corte Constitucional ante otro órgano.

Dicho esto, de las líneas jurisprudenciales expuestas en la segunda sección, se encuentra que la Corte Suprema de Justicia, a pesar de la posibilidad existente para asumir la carga de apartamiento, ha optado por acoger el criterio expuesto por la Corte Constitucional, bien sea variando paulatinamente su posición, como lo hizo a lo largo del tiempo con el criterio respecto a la indexación de la primera mesada pensional; o asumiendo un estudio detallado de su posición frente a la que se había expuesto por la Corte Constitucional, adoptando casi como suyos esos argumentos, como en el caso de la acumulación de tiempos públicos y semanas de cotización e intereses moratorios y cesando con ello la disparidad imperante. Esta posición es entendible en la medida en que a través del mecanismo de la acción de tutela y esgrimiéndose como causal específica de procedibilidad la que hace referencia al defecto sustantivo, se ha logrado dejar sin efectos providencias de casación por desconocimiento del precedente, como en el caso de la Sentencia SL 4048 de 2019, en la que se adoptó nuevamente la decisión, cumpliendo lo ordenado en Sentencia SU 267 de 2019, obligando a la Corte Suprema de Justicia a rehacer sus decisiones acogiendo lo indicado por la Corte Constitucional. No obstante, no puede desconocerse que, en tales providencias, la Sala de Casación Laboral había incumplido su carga de apartamiento en tanto simplemente adoptaba la decisión opuesta.

Dicho esto, es necesario realizar dos aclaraciones. En primer lugar, la tendencia hacia la convergencia adoptada por la Sala de Casación Laboral no es exclusiva del ámbito de la seguridad social. Aunque ello desborda el alcance del presente trabajo, vale la pena mencionar que, en otros asuntos de derecho laboral individual y colectivo, también es posible advertir cómo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha

venido adoptando, paulatinamente, las posiciones jurisprudenciales definidas por la Corte Constitucional. Ello ocurre, por ejemplo, en temas como el fuero de salud por debilidad manifiesta o discapacidad relevante (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencias SL2841-2020/SL3723-2020/SL2797-2020/SL2586-2020), la naturaleza normativa de las convenciones colectivas y el principio de *in dubio pro operario* (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia SL-18992018), el entendimiento de la huelga como derecho fundamental autónomo (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL1689-2020) y el alcance de la multifiliación sindical, entre otros. En segundo lugar, tampoco es posible afirmar, de forma categórica, que en todos los temas la Corte Suprema de Justicia se ha plegado al criterio de la Corte Constitucional. Estudiemos, a continuación, un ejemplo de ello, referido a un aspecto central de la hermenéutica constitucional, como lo es el principio de condición más beneficiosa.

En el tema de la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa en pensiones de sobrevivientes e invalidez y la aplicación ultraactiva de normas anteriores a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, tradicionalmente las corporaciones han tenido posiciones divergentes. La Corte Suprema de Justicia ha acogido la protección constitucional de la condición más beneficiosa con la finalidad de salvaguardar una “expectativa” que surge con el cumplimiento de uno de los requisitos establecidos por la ley inmediatamente anterior, ante un tránsito legislativo que no ha dispuesto un régimen de transición, buscándose la protección de las personas que, aunque no contaban con un derecho adquirido al momento del tránsito legislativo, sí tenían una expectativa legítima generada por una situación jurídica concreta al reunir la densidad de semanas que exigía la norma derogada para acceder a la prestación. Pero la corporación determinó que la protección de esa expectativa legítima debe tener un límite temporal, lo que llamó una especie de puente de amparo construido para que las personas que tienen una situación jurídica concreta transiten entre la anterior y la nueva ley, que es la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia. De este modo, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, no es procedente

la aplicación de cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito, sino la que regía inmediatamente antes de que la nueva disposición adquiriera plena eficacia y validez, siempre que el asegurado estuviera amparado por la misma, pues se recuerda que lo que se protege es la expectativa legítima de acceder a esa disposición normativa (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencias SL-0282018, SL-56652018, entre otras).

Por su parte, a través de la Sentencia SU-442 de 2016, la Corte Constitucional efectuó un análisis de los criterios que hasta ese momento había tenido para limitar la aplicación del principio constitucional a la norma inmediatamente anterior, y concluyó que los mismos no eran razonables ni proporcionados, por lo que estableció que su aplicación se extiende a todo el esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado haya contraído una expectativa legítima, indicando que se debía actuar de esa forma:

A menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (Corte Constitucional, Sentencia SU-442 de 2016).

En virtud de tal exigencia, la Corte Suprema de Justicia emitió las sentencias SL 4650 y SL 2358 de 2017, providencias que se analizaron con posterioridad por la Corte Constitucional en las sentencias SU-005 de 2018 y SU-556 de 2019, considerando razonable la posición de la Corte Suprema de Justicia, pero desproporcionada en su aplicación a personas que, por sus condiciones particulares, merecen un tratamiento

diferenciado y una protección especial a los derechos fundamentales, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas. En esa medida, el Tribunal Constitucional consideró procedente la aplicación ultractiva de las disposiciones propias del Decreto 758 de 1990 –o regímenes anteriores– en cuanto al requisito de las semanas de cotización para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque la condición de la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003 o la Ley 860 del mismo año, bajo el argumento de que, si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Decreto de 758 de 1990, los aportes del afiliado bajo dicho régimen dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares de vulnerabilidad de esas personas, ameritaban la protección constitucional de sus derechos. En las sentencias SU-005 de 2018 y SU-556 de 2019 la Corte Constitucional estableció un test de procedencia para ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes a la luz de un régimen normativo que no fuese el inmediatamente anterior, definiendo cinco condiciones que son necesarias y cuya acreditación le corresponde al solicitante.

Con ocasión de ello, en la actualidad la Sala de Casación Laboral continúa dando aplicación a su criterio respecto a la limitación en la temporalidad, sin incluir el mencionado test de procedencia introducido por la Corte Constitucional para casos excepcionales. En este evento, la Corte Suprema de Justicia ha mantenido un criterio divergente al de la Corte Constitucional, el cual, valga decirlo, sí ha justificado a la luz de las cargas de apartamiento definidas en la jurisprudencia constitucional. Así lo hizo la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 1938 de 2020, reiterada en la Sentencia SL 2538 de 2021, en la que puso de presente el criterio esbozado por la corporación constitucional, pero expresamente indicó que se apartaba en tanto que este imponía requisitos adicionales a los establecidos legalmente para el acceso a la prestación económica, además de permitir en la práctica la aplicación irrestricta de normas anteriores, lo que afectaría la eficacia de las reformas legislativas.

En este sentido, entonces, lo que se observa es que la Corte Suprema de Justicia se ha visto compelida a adoptar los criterios y lineamientos fijados por la Corte Constitucional;

en algunos asuntos se ha acercado a ellos de manera paulatina o gradual, en otros lo ha adoptado al revisar su posición uniforme y pacífica en contraste con la que se ha mantenido por la Corte Constitucional y, finalmente, en otras ha optado por mantener su criterio pero obedeciendo lo establecido por la Corte Constitucional respecto a las cargas de apartamiento.

Conclusiones

El desarrollo de este trabajo evidencia que, en efecto, el precedente de la Corte Constitucional es vinculante en asuntos de seguridad social, pues el alcance y entendimiento que adoctrina la Corporación Constitucional sobre esa materia necesariamente implica el análisis del mismo a la luz de la Constitución y la aplicación directa a los postulados constitucionales en el ámbito de los casos concretos, dada la profunda relación que existe entre los asuntos de seguridad social y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, ante la disparidad de posiciones asumidas a manera de precedente o de doctrina probable, le corresponde al juez ordinario adoptar el criterio asumido por la Corte Constitucional, sin que de alguna forma pueda apartarse de él con el mero argumento de aplicar la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia.

Ello, sin embargo, no debe asumirse de forma absoluta. Los operadores judiciales se encuentran en la posibilidad de excluir el criterio de la Corte Constitucional (en igual sentido, el de la Corte Suprema de Justicia), pero para ello se hace indispensable el cumplimiento de las cargas argumentativas que se han impuesto para lograr el apartamiento de la posición, lo que incluye tener conocimiento de su existencia y ponerlo de presente en la decisión, pero, además, exponer las razones que llevan a la adopción de esa decisión. Muestra de lo anterior es el sometimiento que se logró evidenciar a través de las líneas jurisprudenciales expuestas, llegándose a la convergencia, bien por el cambio de criterio o por la adopción de los parámetros establecidos para excluirlo, quedando, en todo caso, pendiente por dilucidar si en efecto los argumentos expuestos resultan suficientes ante, por ejemplo, una eventual acción de tutela por desconocimiento del precedente.

En atención al carácter reglado de las cargas de apartamiento, la Corte Suprema de Justicia y, en general, los jueces laborales en la jurisdicción ordinaria, se enfrentan a los siguientes escenarios: (i.) acoger las posiciones definidas en el precedente judicial de la Corte Constitucional (convergencia); (ii.) apartarse de las las posiciones definidas en el precedente judicial de la Corte Constitucional, cumpliendo con los requisitos argumentativos delimitados en la tercera sección de este escrito (divergencia justificada); (iii.) apartarse de las posiciones definidas en el precedente judicial de la Corte Constitucional, sin cumplir con los requisitos argumentativos señalados (divergencia injustificada), lo cual expone a las autoridades jurisdiccionales a que decisiones se consideren vías de hecho por materializar un defecto sustantivo.

En la práctica, la supremacía constitucional, el precedente judicial y las cargas de apartamiento asociadas a este, han hecho que la Sala de Casación Laboral haya venido acogiendo, paulatinamente, la posición del Tribunal Constitucional. Esta reducción de los ámbitos de divergencia no es exclusiva de los problemas jurídicos relacionados con la seguridad social, aunque estos hayan sido los únicos de interés para el presente trabajo. Ahora bien, tampoco es posible afirmar, de forma categórica, que en todos los temas la Corte Suprema de Justicia se ha plegado al criterio de la Corte Constitucional. En algunos casos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sigue sentando posiciones divergentes, las cuales, per se, no deberían juzgarse como inconstitucionales siempre y cuando cumplan con las cargas de apartamiento señaladas.

Referencias

- Atienza, M. (2013) Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta. Batiza, R. (1992). La "ratio decidendi" en la jurisprudencia y doctrina angloamericanas. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (21). <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf>.
- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Contreras, J. (2011). El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 41(115), 331-361.

- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (ed.), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, (pp. 105-156). Trotta.
- Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 758 de 1990 [PR]. (1990). Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. 11 de abril de 1990. <http://suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1160606>.
- Colombia. Gobierno Nacional. Decreto 2067 de 1991 [PR]. (1991). Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30150> Guastini, R. (1999). *Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa.
- Jellinek, G. (2018). Reforma y mutación de la constitución. Bogotá, D.C.: Leyer.
- López, D. (2002). *El derecho de los jueces*. Ediciones Uniandes.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Legis, Bogotá.
- López, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. Precedente. *Revista Jurídica* (7), 9-42. <https://doi.org/10.18046/prec.v7.2202>.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
- Colombia. Congreso de Colombia. Ley 169 (1886). Sobre reformas judiciales. 31 de diciembre de 1886. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17755>.
- Colombia. Consejo Nacional Legislativo. Ley 153 (1887). Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. 24 de agosto de 1887. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>.
- Colombia. Congreso de Colombia. Ley 100 (1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5248>.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-406 de 1992. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-113 de 1993. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-486 de 1993 Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-083 de 1995. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia T-123 de 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia T-175 de 1997. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia SU-047 de 1999. Magistrados ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C- 601 de 2000. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-836 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia SU- 120 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-862 de 2006. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-891A de 2006. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-335 de 2008. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia T-551 de 2010. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia T-635 de 2010. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-539 de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-816 de 2011. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-201 de 2012. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia]. (2013). Sentencia T-446 de 2013. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia]. (2013). Sentencia T-849A de 2013. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia SU-230 de 2015. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-284 de 2015. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-621 de 2015. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-054 de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia SU 442 de 2016. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia SU-354 de 2017. Magistrado ponente: Iván Humberto Escrucería Mayolo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia SU 068 de 2017. Magistrado ponente: Aquiles Arrieta Gómez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia SU 611 de 2017. Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU-005 de 2018. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU 057 de 2018. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia SU 065 de 2018. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia C-080 de 2018. Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia SU-140 de 2019. Magistrada sustanciadora: Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia SU 267 de 2019. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia SU 556 de 2019. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.
- Corte Suprema de Justicia] (2001). Sentencia de radicado 15760 de 2001. Magistrado ponente: Francisco Escobar Henríquez.
- Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia de radicado 18273 de 2002. Magistrados ponentes: Isaura Vargas Díaz y Fernando Vásquez Botero.
- Corte Suprema de Justicia. (2004). Sentencia de radicación 23611 de 2004. Magistrado ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). Sentencia de radicación 24257 de 2005. Magistrado ponente: Carlos Isaac Nader / Luis Javier Osorio López.
- Corte Suprema de Justicia. (2007). Sentencia de radicación 29741 de 2007. Magistrado ponente: Luis Javier Osorio López.
- Corte Suprema de Justicia. (2007). Sentencia de radicación 29531 de 2007. Magistrado ponente: Luis Javier Osorio López.
- Corte Suprema de Justicia. (2008). Sentencia de radicación 30602 de 2008. Magistrado ponente: Luis Javier Osorio López.
- Corte Suprema de Justicia. (2009). Sentencia de radicación 32043 de 2009. Magistrados ponentes: Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio López.
- Corte Suprema de Justicia. (2009). Sentencia de radicación 35792 de 2009. Magistrado ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Corte Suprema de Justicia. (2010). Sentencia de radicación 36022 de 2010. Magistrado ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza.
- Corte Suprema de Justicia. (2011). Sentencia de radicación 41534 de 2011. Magistrado ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- Corte Suprema de Justicia. (2011). Sentencia de radicación 42242 de 2011. Magistrado ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez.
- Corte Suprema de Justicia. (2012). Sentencia de radicación 42191 de 2012. Magistrada ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón.
- Corte Suprema de Justicia. (2012). Sentencia de radicación 44867 de 2012. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverri Bueno.
- Corte Suprema de Justicia. (2012). Sentencia de radicación 50681 de 2011. Magistrado ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón
- Corte Suprema de Justicia. (2013). Sentencia de radicación 40387 de 2013. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverri Bueno.

- Corte Suprema de Justicia. (2013). Sentencia SL 736 de 2013. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverri Bueno.
- Corte Suprema de Justicia. (2014). Sentencia SL 1851 de 2014. Magistrado ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve.
- Corte Suprema de Justicia. (2014). Sentencia SL 4461 de 2014. Magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia. (2015). Sentencia SL 13649 de 2015. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia. (2016). Sentencia SL 4959 de 2016. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverri Bueno.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia SL 1073 de 2017. Magistrado ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia SL 12962 de 2017. Magistrado ponente: Jorge Mauricio Burgos Ruiz.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia SL- SL-028 2018. Magistrado ponente: Fernando Castillo Cadena.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia SL-5665 2018. Magistrado ponente: Jorge Luis Quiroz Alemán.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia SL517 de 2018. Magistrado ponente: Luis Gabriel Mirando Buelvas.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia SL 1330 de 2018. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverry Bueno.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia SL 4404 de 2018. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverry Bueno.
- Corte Suprema de Justicia. (2019). Sentencia SL 4010 de 2019. Magistrado ponente: Jorge Luis Quiroz Alemán.
- Corte Suprema de Justicia. (2019). Sentencia SL 4048 de 2019. Magistrado ponente: Rigoberto Echeverri Bueno.
- Corte Suprema de Justicia. (2019). Sentencia SL 5614 de 2019. Magistrado ponente: Jorge Luis Quiroz Alemán.
- Corte Suprema de Justicia. (2020). Sentencia STC-4285 de 2020. Magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.
- Corte Suprema de Justicia. (2020). Sentencia SL 1681 de 2020. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia. (2020). Sentencia SL 1981 de 2020. Magistrada ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo.
- Corte Suprema de Justicia. (2021). Sentencia SL 1302 de 2021. Magistrado ponente: Gerardo Botero Zuluaga.
- Corte Suprema de Justicia. (2021). Sentencia SL 2061 de 2021. Magistrado ponente: Luis Benedicto Herrera Díaz.
- Suprema Corte de Lousiana. (2005). Willis-Knighton Medical Center v. Caddo-Shreveport Sales And Use Tax Commission. <https://caselaw.findlaw.com/la-supremecourt/1082488.html>

- Tamayo Jaramillo, J. (2006). El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 36(105), 361-397.
- Tascher, M. (2011). *Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation* (Tesis doctoral). <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00790014/document>.
- Whittaker, S. (2008). El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. *Revista Chilena de Derecho* 35(1), 37-83. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art03.pdf>.

Anexo 1. Expresión gráfica de las líneas jurisprudenciales en materia de seguridad social estudiadas.

Cuadro 1. Actualización de la base salarial en la liquidación de las mesadas pensionales –: indexación de la mesada pensional.

Es procedente efectuar la indexación de la primera mesada pensional exigible después de la finalización del vínculo laboral.	x SU 120 de 2003 (Sentencia hito) x C 862 de 2006
x CSJ SL Rad. 7996 8 de febrero de 1996	x C 891 A de 2006
x CSJ SL Rad. 10409 1 de septiembre de 1998	x CSJ SL Rad. 29470 20 de abril de 2007
x CSJ SL Rad. 11818 18 de agosto de 1999	x CSJ SL Rad. 29470 26 de junio de 2007
x CSJ SL Rad. 13336 6 de julio de 2000	No es procedente efectuar la indexación de la primera mesada pensional exigible después de la finalización del vínculo laboral.
x CSJ SL Rad. 18518 16 de octubre de 2002	

x
CSJ SL Rad. 29022
31 de julio de 2007

x
SU 068 de 2017

x
SL 736 DE 2013

Nota. Elaboración propia.

Cuadro 2. Acumulación de tiempos públicos con semanas de cotización al Seguro Social en virtud del régimen de transición pensional.

<p>Es procedente efectuar la acumulación de cotizaciones al ISS con tiempos laborados en el sector público no sufragados a esta entidad, para acceder al derecho a la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en virtud de este, los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990.</p>	<p>x T-398 de 2009 (Sentencia fundadora de línea) x T-583 de 2010 x T-760 de 2010 x T- 093 de 2011 x T-334 de 2011</p>	<p>entidad, para acceder al derecho a la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en virtud de este, los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990.</p>
<p>CSJ SL rad. 23611 de 2004 (Sentencia fundadora de línea).</p>	<p>x x No es procedente efectuar la acumulación de cotizaciones al ISS con tiempos laborados en el sector público no sufragados a esta</p>	<p>T-637 de 2011 x T-100 de 2012 CSJ SL rad. 42191 de 2012 x T-201 de 2012</p>
<p>CSJ SL rad. 35792 de 2009</p>	<p>x No es procedente efectuar la acumulación de cotizaciones al ISS con tiempos laborados en el sector público no sufragados a esta</p>	<p>CSJ SL rad. 44867 de</p>

2012	x T-596 de 2013	CSJ SL1073 de 2017
x T-360 de 2012	x SU-769 de 2014	x T- 131 de 2017
x T-063 de 2013	(Hito)	CSJ SL517 de 2018 x
x T-145 de 2013	CSJ SL4461 de 2014	x x SU- 057 de 2018
	CSJ SL 1330 de 2018	x x
	CSJ SL4010 de 2019	x
	CSJ SL5614 de 2019	x
	x CSJ SL 1981 de 2020 (Sentencia hito)	

Nota. Elaboración propia.

Cuadro 3. Aplicación de intereses moratorios a prestaciones causadas en virtud de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en caso de mora en el pago de mesadas causadas con anterioridad a la entrada en vigor del sistema	general de pensiones y sin importar su naturaleza. x C-601 DE 2000 hito- intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de mora en el pago de mesadas x CSJ SL rad. 18273 de anterioridad a la entrada en vigor del sistema pensiones.	No es procedente el reconocimiento de los (Sentencia fundadora de línea) de 1993, en caso de mesadas x causadas con anterioridad a la entrada en vigor del sistema general de pensiones.
---	--	--

CSJ SL rad. 19424 de 2004	x x SU- 230 de 2015	
		x
	SL13649 de 2015	
x CSJ SL rad. 20951 de 2005		x
	SL4959 de 2016	
x CSJ SL rad. 24257 de 2005	SL12962 de 2017	x
CSJ SL rad. 30602 de 2008	x x	
CSJ SL rad. 32043 de 2009	x	
CSJ SL rad. 36022 de 2010	x	
x T-635 de 2010		
CSJ SL rad. 50681 de 2011	x	
x T-849A de 2013		
CSJ SL rad. 40387 de 2013	x	

SU 065 de 2018 (Sentencia hito)	
	x
SL4404 de 2018	
x	
SL 1681 de 2020 (Sentencia hito)	
x	
SL1302 de 2021	

Nota. Elaboración propia.

Incremento en la mesada pensional por tener personas a cargo.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 NO fue derogada la regulación que contiene el derecho al incremento pensional por personas a cargo del Decreto 758 de 1990.	CSJ SL Rad. 29741 5 de diciembre de 2007	Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 fue derogada la regulación que contiene el derecho al incremento pensional por personas a cargo del Decreto 758 de 1990.
x	x	x
CSJ SL Rad. 15760 13 de diciembre de 2001	CSJ SL Rad. 29531 5 de diciembre de 2007	
x		
	SU-140 de 2019	
		x
	SL 2061 de 2021	

Nota. Elaboración propia.